

# Vorläufige Anwendung nur unter drei Auflagen – das (erste?) CETA-Urteil des BVerfG vom 13.10.2016

Gastautor

2016-10-18T07:53:50

von [BJÖRN SCHIFFBAUER](#)



Rechtliche

Fragen zur europäischen und internationalen Zusammenarbeit werden immer häufiger in Karlsruhe beantwortet. Nach dem wegweisenden [OMT-Urteil](#) drei Monate zuvor stand nun erstmalig ein gemischtes Abkommen der EU auf dem Prüfstand des BVerfG: der Freihandelsvertrag CETA. Formal hat das BVerfG die Anträge auf einstweilige Anordnung gegen die vorläufige Anwendung des CETA mit seinem [Urteil vom 13.10.2016](#) abgelehnt, in der Sache jedoch erhebliche Auflagen für den Start des Vertrages erlassen. Diese „Ja, aber“-Entscheidung soll hier genauer unter die Lupe genommen werden.

Über das „Umfassende Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits“ (bekannter unter der englischen Bezeichnung „Comprehensive Economic and Trade Agreement“ – [CETA](#)) ist viel diskutiert worden. Auch im JuWiss-Blog wurden verschiedene Aspekte des Abkommens beleuchtet, etwa jüngst von [Folke Große Deters](#), [Lorin-Johannes Wegner](#) oder [Clemens Keim](#). Diese und viele weitere theoretische Überlegungen setzten die Vertreter von insgesamt vier Verfassungsbeschwerden (2 BvR 1368/16, 2 BvR 1444/16, 2 BvR 1482/16 und 2 BvR 1823/16) und einem Organstreitverfahren (2 BvE 3/16) in die Praxis um und zogen vor das BVerfG. Die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das Abkommen und seine Wirkung auf den Rechtskreis der Bundesrepublik Deutschland (dazu exemplarisch die [Beschwerdeschrift](#) der mit 125.012 Beschwerdeführern bislang zahlenmäßig größten Verfassungsbeschwerde in der Geschichte des BVerfG) werden jedoch erst Gegenstand des Hauptsacheverfahrens sein. In der hier zu besprechenden Entscheidung des [Zweiten Senats](#) über die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ging es stattdessen nur um eine einzige

Frage: Darf der deutsche Vertreter im Rat der EU dafür stimmen, dass das CETA vorläufig angewendet wird? Das Verfahren war also – wenn man so will – von doppelter Vorläufigkeit geprägt: das vorliegende Urteil gilt einstweilen bis zum Hauptsacheverfahren, die ihm zugrundeliegende vorläufige Anwendung des CETA wirkt einstweilen bis zur Ratifikation des Abkommens – oder aber dessen endgültigem Scheitern. Diesen beiden Umständen soll auch in dieser Besprechung Rechnung getragen werden.

## **Einstweiliger Rechtsschutz vor dem BVerfG und auswärtiges Handeln**

Daher gilt es zunächst – ganz unabhängig vom CETA – den Mechanismus des einstweiligen Rechtsschutzes vor dem BVerfG in Erinnerung zu rufen. Der Schlüssel dazu ist [§ 32 BVerfGG](#), der den Erlass einer einstweiligen Anordnung vorsieht, „*wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.*“ Bei dieser Bewertung legt das BVerfG schon im Ausgangspunkt einen strengen Maßstab an, der sich ausweislich des vorliegenden Urteils (Rn. 34) „*noch weiter verschärft, wenn eine Maßnahme mit völkerrechtlichen oder außenpolitischen Auswirkungen in Rede steht*“. Im Klartext: Das auswärtige Handeln der Bundesrepublik Deutschland wird vorläufig kaum einmal durch das BVerfG ausgebrems. Die Gefahr des Scheiterns ist dagegen für die Antragsteller regelmäßig sehr viel höher. Denn bereits im einstweiligen Rechtsschutzverfahren prüft das BVerfG – als erste Hürde – zunächst, ob das Begehren in der Hauptsache – also die verfassungsrechtlichen Einwände gegen das CETA – nicht bereits von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet sind. In einem solchen Fall käme es erst gar nicht zum Hauptsacheverfahren, eine einstweilige Anordnung scheiterte schon deshalb. Genau diesen Einwand erhob auch die Bundesregierung – allerdings erfolglos. Es wird (falls das CETA nicht zuvor politisch scheitert) ein Hauptsacheverfahren geben. Denn das BVerfG hat ausdrücklich festgestellt, dass auch die vorläufige Anwendung des CETA womöglich einen Ultra-vires-Akt darstellen kann (Rn. 51 ff.) und zudem die Verletzung der Verfassungsidentität des Grundgesetzes durch unzulässige Übertragungen von Hoheitsrechten möglicherweise verletzt wird (Rn. 59 ff.). Diese Maßstäbe hat der Senat zuletzt im OMT-Urteil [begrätigt](#) und er wird weiter an ihnen festhalten. Es bleibt also in der Hauptsache spannend!

Noch schwieriger ist jedoch die zweite Hürde zu überwinden: die sogenannte Folgenabwägung. Sie bildet den Kern der vorliegenden Entscheidung und beantwortet dann auch die eigentliche Frage des Verfahrens:

## **Darf das CETA vorläufig angewendet werden?**

Dazu muss man zunächst wissen, was unter einer vorläufigen Anwendung überhaupt zu verstehen ist. Gemeint ist damit, dass ein völkerrechtlicher Vertrag bereits bindende Rechtswirkungen für seine Parteien entfaltet, ohne dass er bereits förmlich in Kraft getreten – also ratifiziert worden – ist. Das Instrument der vorläufigen Anwendung ist grundsätzlich völkerrechtlich unbedenklich und

in [Art. 25 der Wiener Vertragsrechtskonvention](#) kodifiziert. Im CETA wird die vorläufige Anwendung speziell in dessen Art. 30.7 Abs. 3 geregelt. Auf dieser Grundlage sollte [nach den ursprünglichen Plänen der EU-Kommission](#) das gesamte Abkommen vorläufig angewendet werden; [inzwischen](#) sind aber einige Teile von der vorläufigen Anwendung (darunter auch die umstrittene Investitionsgerichtsbarkeit) ausgenommen worden. Nach ständiger Praxis der EU-Kommission wird die vorläufige Anwendung durch Beschluss des Rates ([Art. 218 Abs. 5 AEUV](#)) und unter freiwilliger (weil primärrechtlich nicht vorgesehener) Beteiligung des EU-Parlaments erklärt, jedoch ohne Einbeziehung der mitgliedstaatlichen Parlamente. Die Beschwerdeführer und die Antragstellerin halten dies nicht ohne Grund für eine Ausbootung des Bundestags und halten daher – unbeschadet ihrer Bedenken gegen das CETA selbst – die vorläufige Anwendung für verfassungswidrig. Das BVerfG hat sich zu diesem Problem – wie im einstweiligen Rechtsschutz üblich – noch nicht abschließend geäußert (Rn. 51).

Dies führt zurück zur Folgenabwägung: Hierzu wendet das BVerfG eine Doppelhypothese an, indem es die Folgen zweier hypothetischer Geschehensabläufe gegenüberstellt, von denen einer notwendigerweise den Tatsachen entsprechen muss. In diesen Fall war abzuwägen zwischen:

*Variante 1:* Das BVerfG erlässt eine einstweilige Anordnung, das CETA wird nicht vorläufig angewendet; in der Hauptsache erweisen sich das CETA und seine vorläufige Anwendung aber als verfassungsgemäß.

*Variante 2:* Das BVerfG erlässt keine einstweilige Anordnung, das CETA wird vorläufig angewendet; in der Hauptsache erweisen sich das CETA und/oder seine vorläufige Anwendung aber als verfassungswidrig.

Danach kam das BVerfG zu dem Ergebnis:

**Ja, ...**

Die Folgen von Variante 1 wiegen schwerer als jene von Variante 2 (Rn. 43 ff.). Dazu führt der Senat näher aus, dass es vor allem politische Folgen seien, die im Falle einer einstweiligen Anordnung eintreten und schweren Schaden für die Bundesrepublik Deutschland verursachten. Denn damit wäre „*jedenfalls ein vorläufiges Scheitern*“ (Rn. 45) des CETA verbunden, was „*in erheblichem Maße in die – grundsätzlich weite – Gestaltungsfreiheit der Bundesregierung im Rahmen der Europa-, Außen- und Außenwirtschaftspolitik*“ eingreife; jedoch sei der „*Einschätzungs- und Prognosespielraum*“ der Bundesregierung in ihrem auswärtigen Handeln „*einer nur eingeschränkten verfassungsgerichtlichen Kontrolle*“ zugänglich (Rn. 47). Vergleichbares gelte auch für die EU (Rn. 48). Weiter prognostiziert das BVerfG, dass sich ein vorläufiges Scheitern des CETA „*mit hoher Wahrscheinlichkeit zudem als irreversibel erweisen*“ würde (Rn. 49). Und weiter: „*Die denkbare Funktion des Abkommens als Vorbild für die Gestaltung außenwirtschaftlicher Beziehungen mit anderen Vertragspartnern würde dadurch schweren Schaden nehmen oder gar gänzlich entfallen.*“

Andererseits nimmt das BVerfG die Einwände der Beschwerdeführer und der Antragstellerin äußerst ernst. Denn es erkennt die Gefahr eines Ultra-vires-Akts und einer Verletzung der Verfassungsidentität (s.o.) sowie die damit drohenden Verletzungen von [Art. 38 Abs. 1](#), [20 Abs. 1 und 2](#) sowie [79 Abs. 3 GG](#). Es wischt diese Gefahr auch nicht einfach mit dem bereits bemühten Verweis auf den großen Handlungsspielraum der Bundesrepublik in ihrem auswärtigen Handeln beiseite. Nur dies wäre eine Entscheidung „ohne Wenn und Aber“ gegen die Anträge auf einstweilige Anordnung gewesen. Stattdessen fällt die Folgenabwägung – ganz im Sinne eines „Ja, aber“ – nur unter drei noch einzulösenden Bedingungen zu Gunsten der Bundesregierung aus (Rn. 66).

### **... aber: nur teilweise!**

*Erstens:* Die vorläufige Anwendung des CETA darf sich nur auf solche Teile des Abkommens erstrecken, die unstreitig in der Zuständigkeit der Europäischen Union liegen. So prägnant hat dies das BVerfG allerdings nur in seiner [Pressemitteilung Nr. 71/2016](#) formuliert. Im Urteil selbst (Rn. 67 ff.) stützt sich der Senat auf die schriftsätzlich und in der mündlichen Verhandlung am 12.10.2016 vorgetragenen Bekräftigungen der Bundesregierung, nur den in Unionskompetenz liegenden Teilen des CETA die vorläufige Anwendung zu gewähren. Hierzu liest sich das Urteil auf subtile Weise bemerkenswert fordernd (Rn. 70):

*„Da die Bundesregierung darüber hinaus einer vorläufigen Anwendung von CETA für Sachmaterien nicht zustimmen wird, die nach ihrer Auffassung in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verblieben sind, kann davon ausgegangen werden, dass sie [...] entsprechende Vorbehalte anbringen wird. Vor diesem Hintergrund geht der Senat davon aus, dass insbesondere Regelungen zum Investitionsschutz, einschließlich des Gerichtssystems (Kapitel 8 und Kapitel 13 CETA-E), zu Portfolioinvestitionen (Kapitel 8 und Kapitel 13 CETA-E), zum internationalen Seeverkehr (Kapitel 14 CETA-E), zur gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen (Kapitel 11 CETA-E) sowie zum Arbeitsschutz (Kapitel 23 CETA-E) nicht von der vorläufigen Anwendung erfasst werden.“*

Man kann es auch deutlicher formulieren: Wenn die Bundesregierung den Vorgaben aus Karlsruhe nicht folgt, trägt sie zu einem Ultra-vires-Akt des Rates bei. Die Beschwerdeführer und die Antragstellerin werden dies sehr genau beobachten und ggf. weitere verfassungsprozessuale Schritte einleiten.

### **... aber: nur mit deutschem Veto-Recht zu Entscheidungen des Gemischten CETA-Ausschusses!**

*Zweitens:* Der von der vorläufigen Anwendung ebenfalls umfasste Gemischte CETA-Ausschuss (dessen demokratische Legitimation das BVerfG als „prekär“ bezeichnet, Rn. 65) darf ohne demokratische Rückbindung keine Beschlüsse nach Art. 30.2 Abs. 2 CETA fassen (Rn. 71). Dies kann nur gewährleistet werden, indem Deutschland faktisch ein Veto-Recht einzuräumen ist. Zu diesem gewichtigen Punkt zeigt sich das Urteil recht schmallippig und überlässt es der Bundesregierung, eine solche Rückkopplung näher umzusetzen. Immerhin schlägt der Senat als eine

mögliche Variante eine „interinstitutionelle Vereinbarung“ vor, die ggf. über den Mechanismus von [Art. 218 Abs. 9 AEUV](#) dazu führt, dass die Vertreter der EU im Gemischten CETA-Ausschuss Beschlüssen nur zustimmen dürfen, wenn sie dazu zuvor vom Rat der EU einstimmig ermächtigt worden sind. Auch wenn die Wahl der Mittel der Bundesregierung überlassen wird, macht dies die Erfüllung der Auflage nicht einfacher. Denn bereits der Vorschlag einer „interinstitutionellen Vereinbarung“ zeigt, was tatsächlich erforderlich ist: ein Entgegenkommen der Organe der EU auf die verfassungsrechtlichen Belange der Bundesrepublik. Wird ein solches Entgegenkommen nicht rechtsverbindlich innerhalb der EU festgesetzt, droht eine Verletzung der deutschen Verfassungsidentität. Auch hier wird die Bundesregierung unter strenger Beobachtung stehen.

### **... aber: nur bei völkerrechtlich abgesicherter Widerrufsmöglichkeit der vorläufigen Anwendung!**

*Drittens:* Die vorläufige Anwendung des CETA muss durch die und mit Wirkung für die Bundesrepublik Deutschland einseitig widerrufen werden können. Dies ist essentiell für den Ausgang der Folgenabwägung, denn nur so kann verhindert werden, dass im Falle der Verfassungswidrigkeit des CETA gleichwohl völkerrechtliche Bindungen fort dauern. Zwar verliert auch hier das BVerfG nicht viele Worte (Rn. 72). Die Zielrichtung der Auflage ist jedoch eindeutig: Es muss völkerrechtlich verbindlich gewährleistet sein, dass die Widerrufsmöglichkeit der vorläufigen Anwendung aus Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA nicht nur der EU, sondern auch Deutschland zusteht. *„Dieses Verständnis hat die Bundesregierung in völkerrechtlich erheblicher Weise zu erklären und ihren Vertragspartnern zu notifizieren.“* Mit anderen Worten muss diese Widerrufsmöglichkeit Eingang in das CETA finden – freigestellt ist der Bundesregierung nur der Weg dorthin. Naheliegend wäre wohl die Anbringung eines völkerrechtlichen Vorbehalts gem. Art. 19 ff. der Wiener Vertragsrechtskonvention – verbunden mit der Hoffnung, dass Kanada das CETA auch unter diesen Voraussetzungen schließt.

